

# **O pedágio e a figura da amortização antecipada pela construção de vias públicas**

**Autor: Juiz Federal José Antônio Savaris**

(Juiz Federal em Ponta Grossa-PR. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR, Especialista em Direito Tributário, Especialista em Direito Processual, Diretor da Escola da Magistratura Federal do Paraná)

| Artigo publicado em 25.10.2004 |

## **Sumário.**

1.Introdução. 2. A cobrança antecipada. 3.Obras de custo exigível dos usuários. 4. Financiamento de obras públicas por seus usuários ou mera cobrança antecipada? 5. A cobrança antecipada e o princípio da legalidade. 6. A equidade na repartição dos gastos públicos. 7. A capacidade econômica do concessionário. 8. A exigência de tarifas módicas. 9. Reflexões finais

## **1. Introdução**

O final da década de oitenta é mundialmente marcado por um intenso crescimento da participação privada na execução de serviços e na gestão dos bens públicos. Após quarenta anos de condicionamentos econômicos, de forte intervenção do Estado na economia e de desenvolvimento dos modelos de Estado de Bem-Estar, assiste-se, desde o crepúsculo do Século XX, movimento de retração da burocracia estatal e de expansão do âmbito de atuação do capital privado, conduzindo ao que já se chamou “ressurgimento triunfal” das concessões. (1)

São três as principais razões de que é tributário o novo apelo à participação privada no investimento das infra-estruturas públicas e na execução dos serviços públicos: a redefinição do papel do Estado, que se dá, em nível mundial, a partir da década de oitenta, muito por força da doutrina econômica de disciplina orçamentária; as recomendações de organismos internacionais quanto às vantagens do engajamento do setor privado no financiamento e gestão das infra-estruturas públicas; a realidade estatal de carência de recursos públicos para investimentos no setor de infra-estruturas.

Nessa atmosfera de transferência da execução de serviços e obras públicas a particulares, ganha em relevância a tarefa de controle jurídico dos preços exigidos dos usuários dos serviços ou bens públicos. Se em algum tempo a regra foi a de exigência de taxas como contrapartida pela prestação de serviços públicos, a descentralização dos serviços públicos consolidou a tendência de cobrança de preços públicos que, como se sabe, escapam das garantias constitucionais tributárias instituídas em favor dos

contribuintes. Se outrora a regra era a cobrança pelos serviços efetivamente prestados ao particular, atualmente ganha corpo a figura da remuneração antecipada do concessionário.

Sob a fundamentação de que a contrapartida pela prestação do serviço público ou pela utilização da obra pública, se praticada somente a final, inviabilizaria, em algumas hipóteses, determinado projeto de concessão, passou-se a adotar uma sistemática de remuneração segundo a qual o usuário de um serviço ou de uma obra pública financia a realização de obras futuras, isto é, encontram-se embutidos nas tarifas valores que se destinam não apenas a custear o serviço e a render lucro ao ente privado, mas outros destinados a custear a realização de obras futuras.

O estratagema pode ser visto, de maneira destacada, nas concessões de rodovias federais, onde informam o valor do pedágio valores destinados à expansão, duplicação e melhoramentos diversos a serem realizados no prazo de concessão.

A análise de tal modalidade de remuneração e de sua legitimidade consubstancia o objeto do presente estudo.

## 2. A cobrança antecipada

Na busca do redimensionamento quanto a suas funções, a missão do Estado não se esgota com a privatização de suas empresas ou com a construção de um arcabouço legal que viabilize a transferência da execução de serviços públicos para os particulares.

A etapa crucial, o grande dilema, tem sido lograr efetiva adesão do capital privado, que se aparenta com descomedida dose de capricho.

O “problema da ampliação e modernização dos serviços públicos já não mais reside na reticência do setor público em buscar parcerias com o privado”. Por força do “hábito perverso das inversões especulativas a curto prazo”, criado num ambiente de inflação crônica e de desestímulo à poupança interna, a dificuldade está em se “encontrar estoques de capitais privados dispostos a fazer grandes investimentos a longo prazo, como o são os necessários para financiar as custosas infra-estruturas”.(2)

No caso das concessões de rodovias, para além da possibilidade de obtenção de créditos junto a entidades públicas, surge um esquema de atração à participação privada, consistente na possibilidade do concessionário explorar a obra pública ainda antes de encerrada a sua fase de execução. É a chamada cobrança ou amortização antecipada, mais um atrativo para a participação privada na técnica

que se denomina, apesar dos pesares, “financiamento privado” de infra-estruturas públicas.

A adoção de tal estratégia implica transferência ao usuário do custo pelo financiamento de futuras obras de restauração, melhoramento e ampliação, uma vez que se paga o pedágio, não somente pelos serviços já prestados ou pelo bem que pretende oferecer o Poder Público, mas, por aqueles que serão ainda levados a efeito.

Neste caso, o valor da tarifa pela utilização de uma rodovia já conservada e em fase de construção de nova faixa para adequação de capacidade, a título exemplificativo, traria embutido o custo previsto para sua ampliação. O pedágio, que deveria servir para amortizar o capital investido e, no caso de concessão, remunerar razoavelmente a empresa concessionária, transforma-se, ademais disso, na própria fonte de financiamento.

Se a restauração de rodovias é comandada, em boa parte, por recursos públicos e por valores exigidos dos usuários antes mesmo da inversão necessária para a reforma e ampliação da rodovia, não se logra discernir a razão pelo endeusamento do setor privado na administração dessas obras públicas.

### 3. Obras de custo exigível dos usuários

A Constituição Federal, ao dispor que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público” (art. 150, V), não impõe parâmetros à quantificação do pedágio. Todavia, a referência à conservação de vias pelo Poder Público sugere que o valor do pedágio seja tomado do custo das atividades exigidas para tal conservação da via pública.

Então, em princípio, o valor deverá levar em conta o custo total da atividade pública desempenhada. No caso de concessão de rodovias existentes, por exemplo, se o objeto do contrato é a conservação, o melhoramento, a operação e a exploração dessa espécie de obra pública, o cálculo do valor do pedágio deverá ser informado a partir do custo total dessas atividades.

Se conservação consiste em “ato ou efeito de manter em bom estado ou no mesmo estado” (3), parece coerente concluir que as atividades de restauração ou reforma, ampliação ou adequação da capacidade de tráfego e melhoramentos, podem ser subsumidas à idéia de conservação da rodovia. A restauração, porque é pressuposto da conservação. A adequação da capacidade, através do acréscimo de

faixas e construção de passarelas, por exemplo, implica manutenção das condições primeiras da rodovia, que são alteradas pela elevação do número de usuários. Os melhoramentos, por fim, porque destinados a manter ou elevar o grau de segurança ou trafegabilidade da rodovia.

Portanto, a noção de conservação, que deve inspirar a composição do valor do pedágio, abrange o progresso viário, tido como pressuposto de provisão à elevação da demanda de tráfego, reflexo do crescimento econômico e demográfico. O que se mantém, sob esta ótica, são as condições adequadas de tráfego e não a rodovia em sua manifestação material. O pedágio, em suma, constitui instrumento para se conservar ou manter as rodovias federais em perfeitas condições de tráfego.

Sob esta linha de pensamento, ter-se-ia como válida a repercussão sobre o usuário de rodovia, do custo de sua conservação, aí compreendida restauração ou reforma, melhoramento e ampliação para adequação de capacidade.

Aqui, porém, é de se fazer uma ressalva. Se a inércia estatal leva à deterioração uma determinada rodovia, ou, se pela mesma postura omissiva, a via não comporta de modo adequado o fluxo de tráfego, não é legítimo que o Poder Público busque recuperar o atraso e extirpar as deficiências da obra pela cobrança do pedágio. Se assim o fizer, estará lançando um ônus seu sobre os usuários desta rodovia; estará se livrando da inadimplência num estalar de dedos concessório e fazendo recair sobre o particular, não somente o custo pela conservação (no sentido amplo), mas, antes disso, o custo pelo resgate da rodovia à razoabilidade.

É o Estado Pirata de que fala Adamastor:

A Administração omite-se no dever de conservar as rodovias. A seguir, apresenta o fruto de sua omissão como argumento para a privatização/concessão. O passo seguinte (ou mesmo prévio), entregar a terceiros, nos termos de contratos cujo objetivo não necessariamente é o bem comum, a exploração da estrada. Aí, publicamente, estabelece-se o pedágio, com a mesma justificativa; se estivesse nas mãos do Estado a rodovia estaria sem manutenção. Tudo são faces de uma mesma moeda: O Estado Pirata.(4)

O custo de conservação, enquanto elemento informador do valor do pedágio, deve partir de um paradigma de rodovia restaurada, conservada e adequada. Não é do Direito que o usuário responda ao dever de restauração de estradas deterioradas pela utilização de gerações pretéritas e cuja condição foi agravada pela omissão estatal.

O pedágio não deve servir de instrumento para recuperar a rodovia ou amortizar os custos pelo seu retorno à adequação. Ao contrário, pressupõe a utilização de uma via conservada, adequada, segura e que ofereça atrativos especiais quanto à segurança e economia de tempo. Para manter esta rodovia e garantir sua adequação é que pode o Poder Público valer-se dessa cobrança.

#### 4. Financiamento de obras públicas por seus usuários ou mera cobrança antecipada?

Referido que o usuário não pode ser obrigado a pagar pelo custo de conservação (restauração/adequação) preexistente à concessão, impõe-se análise da legitimidade da existência, no valor do pedágio, do custo por obras que serão realizadas no futuro, isto é, durante o período de exploração da concessão de rodovias.

Essa questão prende-se a outra que tem por objeto o momento em que o concessionário poderá dar início à cobrança de pedágio para amortizar o capital investido e obter o lucro almejado. É o problema da cobrança ou "amortização antecipada", isto é, a exigência de valores dos usuários por um serviço de conservação ou obra de melhoramento ainda não consumada.

Tradicionalmente, a tarifa dos serviços públicos tem a função de recompor e de remunerar os investimentos realizados pelo concessionário "e não o de custear diretamente os investimentos requeridos para expandi-los e aperfeiçoá-los". Tem-se, pois, "o investimento estatal, por via do imposto ou da taxa, ou, alternativamente, no privado, por via bancária ou pelos próprios recursos dos concessionários, mas não se tem cogitado de recorrer à capacidade de poupança dos usuários". (5)

Para Francisco José Villar Rojas, a questão dos investimentos constitui um problema clássico em matéria de remuneração de serviço público.(6)

Quando os critérios que informam o preço do pedágio compreendem não somente a importância necessária à remuneração dos serviços de conservação das rodovias, mas também os valores necessários à realização de obras futuras, como duplicação de rodovias, construção de pontes, viadutos etc., o financiamento de obras públicas passa a ser suportado pelos respectivos usuários.

A propósito, a Lei 9.277/96, que autorizou a delegação da administração e exploração de rodovias federais, pela União, aos Municípios ou aos Estados, dispõe que a receita auferida da cobrança de pedágio "será aplicada em obras complementares, no melhoramento, na ampliação de capacidade, na conservação e na

sinalização da rodovia em que for cobrada e nos trechos rodoviários que lhe dão acesso". (art. 3º, § 2º)

Nesta concepção de financiamento de obra pública, o usuário tem embutido em sua tarifa uma fração destinada a obras futuras prometidas (acordadas no contrato de concessão) e, sendo assim, evidentemente que suportará o custo por uma obra de que somente eventualmente se utilizará no futuro. Daí que, se o usuário não se utilizar novamente da via, terá pago por uma infra-estrutura de que não se utilizou. Se, de outra forma, utilizá-la quando aperfeiçoada a obra, deverá novamente desembolsar os valores para amortização do capital e realização do lucro do concessionário. De qualquer sorte, o usuário se vê em posição de pagar por um serviço ou por uma obra de que não se utiliza.

No entanto, segundo ensinamento de Marcello Caetano, o preço econômico, enquanto retribuição pela prestação dos serviços públicos, é calculado "a partir do custo de produção dos bens ou serviços a vender", de maneira que "salvo a intenção de assistência, as prestações devem ser pagas pelo seu custo". E acrescenta:

"Se a actividade do serviço público é indispensável à colectividade e entregue a uma organização que funciona no interesse geral, não deve transformar-se essa actividade em processo de tributação indirecta, como os monopólios fiscais. Portanto, o Estado não deve aproveitar a posição de exclusivo de um serviço público para exigir o pagamento de preços altos, com o fim de deles extrair, para as receitas gerais, um lucro fiscal."(7)

Ao enfrentar a questão, a doutrina nacional não vê qualquer problema na adoção dessa estratégia de financiamento.(8)

Na visão de Marçal Justen Filho, "a construção de rodovia mediante cobrança de pedágio pode acarretar a incidência de pedágio antes da duplicação de pistas". Para o eminente professor, a viabilização financeira da construção ou ampliação de uma rodovia se daria apenas com a instituição da tarifa ao longo do período de execução das obras inclusive, já que "a dimensão dos investimentos realizados e o custo financeiro dos capitais tornariam as tarifas de pedágio tão elevadas que seria inviável sua cobrança". Daí a conclusão do doutrinador no sentido de que, "quando se concede o serviço público de exploração de rodovia antecedida de execução de obra pública, é inafastável a instituição do pedágio durante a execução das obras".(9)

Todavia, não é a viabilidade econômica do projeto senão sua compatibilidade com o Direito que deve constituir o pressuposto fundamental para a efetivação de uma concessão.

Reportando-se à opinião de Marcos Juruena Villela Souto, escreve Aurélio Pitanga Seixas Filho que a "amortização antecipada tem sido aceita por respeitável doutrina, desde que obedecido o princípio da modicidade".(10)

De sua vez, embora reconhecendo que "a regra da modicidade com serviço adequado afastaria a possibilidade de imediato repasse do encargo ao usuário, antes de iniciadas as obras e investimentos", Villela Souto refere que é necessário lembrar que "nem sempre há capitais privados dispostos a aplicar recursos em investimentos de longo prazo em países em desenvolvimento", de maneira que o concessionário, nos termos da licitação e com prévia autorização contratual, pode, como medida excepcional, constituir um fundo à custa da cobrança antecipada de tarifa, "invertendo a política tarifária tradicional". O autor se apóia nos ensinamentos de Gordillo.(11)

Somente em princípio, portanto, o desafio público de obtenção de fundos para construção de obras de interesse coletivo encontraria, como solução, o capital privado das concessionárias.

Com efeito, uma vez que, como lembra Agustín Gordillo, "a crise econômica e o ajuste não existem somente no setor público senão também no privado" e dado que "não existem a aparecer capitais dispostos a investir primeiro nestas obras e serviços, para depois recuperar seu investimento do usuário, através do pagamento da tarifa ou pedágio", são excepcionais as hipóteses em que se possam reunir recursos de um consórcio privado para realizar investimentos a serem posteriormente recuperados.(12)

Na medida em que a realidade econômica platina muito se aproxima da que se testemunha em nosso país, semelhante foi o remédio adotado para a insuficiência de recursos a fazer frente às necessidades emergentes de manutenção e desenvolvimento do setor de infra-estrutura de transporte:

"A inexistência de capitais no mercado dispostos a realizar importantes investimentos em obras e serviços, até este momento estatais, para seu recobro do usuário, leva então a uma modificação substancial a respeito da equação econômico-financeira tradicional. Em lugar de investir primeiro, o concessionário ou o permissionário, e recobrar depois do usuário, cobra primeiro do usuário da tarifa o pedágio necessário para criar o fluxo de fundos com o qual realizará o investimento necessário. No caso das concessões das grandes redes vias, isto é perfeitamente claro, como que a primeira inversão do contratado é apenas a necessária para poder começar a cobrança do pedágio: praças de pedágio e obras menores de iluminação e manutenção." (13)

Na lição de Gordillo, a obrigação de executar obras vai nascendo na medida em que o ingresso pelo pedágio vai sendo produzido, de maneira que as obras vão se distribuindo ao longo do tempo da concessão em função do ingresso que se vai produzindo pela cobrança do pedágio.

Ocorre que o legislador argentino, diferentemente do pátrio, buscou afastar dúvidas sobre a legitimidade deste sistema de financiamento das obras públicas<sup>(14)</sup>, hospedando, assim, este "tipo de equação econômico-financeira de contrato para países subdesenvolvidos em época de emergência" (Gordillo), cumprindo ressaltar a ponderação de Gordillo de que "ademais, é evidente que vem a ser a realidade econômica contemporânea que impõe em nosso país, ao menos em alguns casos, este tipo de financiamento de inversão pelo usuário, atuando o concessionário – sob o controle do Estado – como cobrador, administrador e executor da obra de serviço, mas não como financiador da obra". <sup>(15)</sup>

A concessão de rodovias em países em desenvolvimento, realmente, parece apresentar as particularidades de contratação para recuperação e conservação das rodovias (e não para construção de novas) e de cobrança antecipada de pedágio para futura ampliação.

Samuel Carpinteiro López, em pesquisa elaborada para o Foro de Infraestructuras da Espanha, realizado em 2002, registrou:

"Quase 70% das concessões de rodovias que atualmente existem nos países em vias de desenvolvimento têm surgido para fazer frente à necessidade de ampliar e melhorar rodovias já existentes. Obviamente, este tipo de projeto implica um risco muito menor, quanto às previsões de tráfego, que um projeto de uma nova rodovia. Ademais, em muitos casos, permite-se aos investidores privados começar a cobrar um pedágio após haver completado umas obras iniciais de acondicionamento ou melhora, o que melhora de forma notável a viabilidade financeira do projeto. Ao contrário, os projetos que implicam a construção de novas rodovias têm sido muito menos freqüentes." <sup>(16)</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto concebe a "cobrança antecipada" como financiamento da obra pública por seus usuários. Nesta concepção em que também o usuário se torna um investidor, abrem-se duas ("excelentes e inexploradas") modalidades de capitalização:

"A primeira consiste na subscrição de papéis de emissão da concessionária e garantidos pelo Poder Concedente, cujo produto ficaria vinculado ao custeio da infra-estrutura dos serviços. A segunda, ainda mais simples e desburocratizada, consiste em



financiá-la diretamente através da própria tarifa que, para tanto, seria acrescida de um percentual provisório, cobrável durante as obras ou no período de aquisição e de instalação de equipamentos destinados à infra-estrutura dos serviços, que seria, alcançada determinada importância, conversível em papéis negociáveis também garantidos pelo Poder Concedente." (17)

Porém, segundo o mesmo autor, nada impede que o "acréscimo tarifário" se opere sem a conversão em "papéis populares", desde que "a aplicação dos recursos captados se destine exclusivamente a financiar ativos do domínio resolúvel da concessionária, ou seja, daqueles bens que reverterão, expirado o prazo da concessão, ao patrimônio público do Poder Concedente". Isso porque não obstante a falta de sua explicitação pela Lei 8.987/95, o financiamento direto pelo usuário através da tarifa seria compatível com o sistema político-econômico constitucional, "que prestigia a cidadania (CF/88, art. 1º, II), a solidariedade (CF/88, art. 3º, I), a livre iniciativa (art. 170, caput) e estimula a propriedade privada (art. 170, II)".(18)

Não se logra compreender, porém, como tais princípios constitucionais autorizariam direta imposição, pela Administração, do dever dos particulares de financiar futuras obras públicas.

Também para Flávio Amaral Garcia, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, a inexistência de vedação legal para cobrança de pedágio antes da conclusão de todas as obras previstas no contrato implica o entendimento de que a "matéria se insere na esfera discricionária do administrador público". A conclusão passa pelo entendimento de que não há ilegalidade na medida em que "a lei não definiu um momento específico para o início de sua cobrança. Somente estará proibida tal cobrança quando a lei expressamente o vedar, tal qual fez o estado do Rio de Janeiro em legítima opção política". (19)

Para o mesmo autor, a medida, de adoção excepcional, não atentaria contra o princípio da modicidade, ao revés: "o concessionário tem um custo quando recorre às instituições financeiras para captação de recursos para o negócio, custo este que certamente terá repercussão no valor da tarifa, o que não ocorreria com o financiamento direto pelo próprio usuário, redundando em um menor valor". (20)

Em sentido oposto parece se encontrar a doutrina de Luiz Alberto Blanchet, segundo a qual a exploração da obra somente tem lugar após sua execução. É dizer, "o concessionário executa a obra e passa a ter o direito de explorá-la, usufruindo suas rendas durante o prazo de concessão, devendo restituir a obra ao Poder Público ao final do prazo estipulado no contrato de concessão. Necessário, aliás, insistir neste ponto: conforme àquela época já constatávamos, "o

concessionário executa a obra e passa a ter o direito de explorá-la usufruindo suas rendas durante o prazo da concessão”, ou seja, o prazo da concessão inicia-se somente após o término da obra, quando se inicia também a amortização do investimento”. (21)

## 5. A cobrança antecipada e o princípio da legalidade

Diante do problema colocado a exame, algumas ponderações devem ser alinhavadas.

A primeira, e que aparenta ser a mais elementar, diz com o princípio da legalidade. Ora, a Administração somente pode atuar quando autorizada por lei no sentido material e formal, no molde do art. 37, caput, da Constituição Federal. Mais especificamente, a Administração não pode impor obrigações aos particulares senão em decorrência de determinação legal. É puro desdobramento do princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF/88, art. 5º, II).

A inexistência de lei impondo aos usuários das rodovias o dever de financiar futuras obras públicas inviabiliza a “cobrança antecipada”, ainda que tais valores fossem convertidos em crédito para os particulares, já que, por força da mesma norma, não poderiam ser os particulares obrigados a investir, senão em virtude de lei. (22)

Aliás, a pretensão de adoção desta modalidade de financiamento na ausência de regulamentação específica leva ao inconveniente de sempre: cria-se um instituto jurídico sem previsão legal e, diante das inúmeras questões que lhe encerram desdobramento, aventura-se em respostas diversas que, sob uma perspectiva subjetiva, consubstanciariam manifestações de bom senso.

Daí que a invenção jurídica, uma vez acolhida, reclama novas invenções, também sem amparo legal, surgindo regras cuja aplicação se recomendam em face da razoabilidade. É por isso que a doutrina que admite o método da cobrança antecipada sem lei sugere que somente excepcionalmente seja adotada, que deve ser comprovada a inexistência de interesse do capital privado (com licitações negativas, por exemplo), que deve ser exigida provisoriamente etc.

## 6. A equidade na repartição dos gastos públicos

Também parece haver um equívoco doutrinário no enlace entre a cobrança antecipada e o financiamento de obra pública pelos usuários. É que este reclama a consumação da obra, isto é, se a obra ainda não existe ou não se encontra concluída, o financiamento não é feito pelos seus usuários, senão por pessoas que, no futuro, eventualmente a utilizarão. Se pelo trânsito em uma ponte, por

exemplo, exige-se pedágio para construção de outra, esta nova obra não está sendo financiada por seus usuários senão por aqueles que, um dia, foram usuários da outra, a antiga.

Então, a rigor, a cobrança antecipada não se confunde com financiamento de obra pública pelos seus usuários. Na cobrança antecipada, tem-se um financiamento de obras públicas por particulares, de modo geral. E aqui sobressai outra incoerência do método: os que hoje utilizam determinada rodovia e suportam, no preço do pedágio, uma importância destinada à construção de obras futuras (como ampliação da rodovia, melhoramentos, duplicações) têm a mesma obrigação de financiá-las daqueles outros que não utilizam tal rodovia, pela razão de que ainda nenhum particular utiliza as obras futuras e porque, de outro lado, quaisquer deles apenas eventualmente poderão, no futuro, delas se utilizar (se elas vierem a existir, evidentemente).

Este pensamento põe em xeque o argumento da eqüidade na repartição dos gastos públicos, que costumeiramente é invocado quando da instituição dos pedágios. Segundo o argumento, é da justiça fiscal que a sociedade suporte as despesas gerais do Estado tendentes a satisfazer interesses gerais, ao passo que os gastos estatais com interesses individuais sejam reembolsados pelo particular a que se referem tais despesas, evitando-se que o custo de sua vantagem seja difundido entre todos.

Sob esta perspectiva, o usuário de obra pública é quem deve arcar com o ônus financeiro de sua conservação, pois, do contrário, o Estado teria de assumir o encargo gerado pelo interesse individual, desembolsando recursos orçamentários compostos especialmente por impostos exigidos de toda coletividade.

Como se fala em financiamento de obra futura e não se pode, no presente, precisar seus futuros usuários, não se mostra adequado, também do ponto de vista da justiça fiscal, que determinados indivíduos financiem a obra que é de interesse geral.

Com efeito, se o que se pretende é a imposição, aos poucos que se utilizam de algumas rodovias, do ônus de manter e expandir a rede que serve ao país, pode-se questionar a validade de tal técnica de financiamento em face do princípio da igualdade, para o que se aproveita dos ensinamentos de Canotilho:

"Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a de que os autores designam por igualdade perante os encargos públicos (*égalité devant les charges publiques*, *Lastengleichheit*). O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma

igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indenização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados". (23)

Mais do que um difundido reclame de justiça tributária, o pagamento de preço manifestamente superior ao custo da produção do bem ou da prestação de serviços públicos (e razoável lucro, no caso de atividade delegada) caracteriza, no plano horizontal, contrariedade ao princípio constitucional da igualdade na repartição dos gastos públicos – desdobramento específico do princípio da igualdade – e, sob a perspectiva da relação jurídica que se trava entre o Poder Público (ou concessionário) e o usuário, um enriquecimento sem causa daquele.

## 7. A capacidade econômica do concessionário

De outra parte, impõe-se questionar a pertinência do método de financiamento em relação à própria natureza da concessão de serviço ou de obra pública, onde o concessionário deve demonstrar capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.(24)

O conceito da concessão, segundo Marçal Justen Filho, integra-se pela transferência, ao setor privado, dos riscos e encargos derivados da prestação de serviço público.(25)

Mais do que a assunção do risco de empresa, é próprio da concessão que os valores invertidos para a prestação do serviço ou para a realização da obra sejam providenciados pelo concessionário. A amortização e a remuneração pressupõem a inversão de recursos pelo concessionário, de modo que a própria expressão "amortização antecipada" encerra uma contradição em termos. Se não há inversão de capital pelo concessionário, não haveria o que ser amortizado.

## 8. A exigência de tarifas módicas

De outra banda, dispendo a Lei 8.987/95, em seu art. 7º, sobre os direitos dos usuários, assegura-lhes a obtenção e utilização do serviço concedido. Sublinhe-se que o serviço deve ser adequado, na forma como exige o art. 6º da mesma lei.(26) Segundo o § 1º do mesmo artigo, "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

Para a determinação do que seja modicidade, é indispensável, segundo Blanchet, que "sejam consideradas as peculiaridades da situação fática (espécie de serviço, amplitude e características da

necessidade pública a ser suprida, custos da execução do serviço etc.), e que se perquiria cada fator mediante critérios juridicamente apropriados". (27)

Como assinala o mestre, a modicidade não pode prejudicar a adequação do serviço e, de fato, não pode ser ela tida como contraponto à prestação de um serviço adequado. Antes, "os usuários têm o direito a não pagar tarifas que sejam injustas ou desproporcionais ao serviço que recebem", isto é, as tarifas devem ser justas e razoáveis, "de maneira que se assegure o respeito da necessária proporcionalidade entre o serviço prestado e a retribuição abonada".(28)

Francisco Campos, citado por Bilac Pinto, já assinalava em 1934 que o que deve dominar a exploração de serviços públicos "não é, apenas, o interesse dos acionistas, mas também o espírito de serviço", daí formulando acusação ao sistema de fixação de tarifas as quais, ao invés de serem as mínimas, tomadas em consideração os diversos elementos ou índices econômicos a que deviam ser relativas, passaram a ser as mais elevadas que à indústria de exploração eram possíveis obter.(29)

## 9. Reflexões finais

Para além do quanto se expôs acima acerca da ilegitimidade do método da "amortização antecipada", é de se ponderar que a sistemática em estudo também impõe reflexão sobre a conveniência da concessão de determinada obra pública à iniciativa privada, já que, como reconhecem Gordillo e Diogo Moreira Neto, no financiamento pelo usuário, o concessionário atua como cobrador, administrador e executor da obra ou serviço, mas não como financiador da obra.(30)

Se há carência de recursos públicos para investimento de tamanha relevância para o desenvolvimento nacional e não há capital privado estimulado a financiar obra pública, indaga-se: antes de se adular o investidor privado para que ocupe espaço que professa lhe pertencer, com estímulos como a cobrança antecipada e financiamentos por entidades oficiais, e já que a desestatização não é um fim em si mesmo, não poderia a União se valer da figura do empréstimo compulsório, que pode ser instituído "no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional" (CF/88, art. 148, II)?

A instituição de empréstimo compulsório viabilizaria a restauração de rodovias e a realização de novas obras públicas, podendo ser exigido mesmo dos usuários das vias que, na rede rodoviária, se revelassem conexas às obras futuras.(31) Afinal, o problema da conservação do

patrimônio rodoviário não passa, necessariamente, pela adesão do capital privado e tampouco se trata, a concessão de obra pública, de panacéia para o dilema orçamentário nacional.

Ao passo que o financiamento privado de infra-estruturas mediante remuneração dos usuários é, mundo afora, um instrumento de desenvolvimento econômico e social, numa lógica de acréscimo de bem-estar e de alternativas viárias, em nosso país este financiamento não se dá pelos usuários de obras consumadas, mas de obras futuras (E aqui, ao lado da “amortização antecipada”, cria-se outra contradição em termos: o “usuário de obras futuras”). O usuário se utiliza, por exemplo, de uma rodovia de pista simples, com inúmeros pontos interrompidos para reforma, e tem embutido no preço do pedágio, valores destinados à construção de duplicação, pontes etc. No futuro, este usuário apenas eventualmente – assim como qualquer outro indivíduo – se utilizará de tais obras (se efetivamente construídas), pagando novamente, por evidente.

O financiamento de obra futura, oferecendo-a a uso em futuro incerto e indeterminado, não deve, pois, ser suportado por apenas alguns particulares que hoje se utilizam de determinado trecho de rodovia pública.

#### NOTAS DE RODAPÉ

1. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135.
2. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 262.
3. “Conservação”. Michaelis: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
4. TURNES, Adamastor Nicolau. A polêmica do “radar/pardal” nas estradas de rodagem: aspectos constitucionais. Revista Novos Estudos Jurídicos. Universidade do Vale do Itajaí, Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, ano 6, n. 11 (2000). Itajaí: Univali, 2000. p. 157-167 [p. 164].
5. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 263.
6. Não os investimentos que se referem a gastos de manutenção, mas aqueles que pretendem melhorar o serviço, seja aumentando a qualidade mediante a incorporação de novas técnicas, seja incrementando sua capacidade para atender novos usuários. ROJAS, Francisco José Villar. Tarifas, Tasas, Peajes y Precios Administrativos (Estudio de su naturaleza y régimen jurídico). Granada: Editorial Comares, 2000. p. 166.
7. Segundo precisa, “os preços das prestações dos serviços públicos são calculados a partir do custo de produção, mas acrescentando a

este os encargos gerais e administrativos de maneira a cobrir os gastos de exploração e de equipamento do serviço". CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999. v. II, p. 1.083-1.084.

8. E nossa jurisprudência, quando examinou o assunto, viu com indiferença o ônus exigido dos atuais usuários de rodovias. O TRF, 4ª Região, ao enfrentar a complexa questão, reduziu-a à simplicidade do argumento de que "diante do volume cada vez maior de veículos em nossas estradas, a duplicação das rodovias federais se insere no conceito de conservação e manutenção das estradas, pois visa melhorar a trafegabilidade, garantindo maior agilidade e segurança para os usuários", razão pela qual afigura-se legítimo "o plus embutido no valor do pedágio destinado ao custeio da duplicação das rodovias em questão" (AMS 2000.04.01.143040-0-PR, 3ª Turma, Rel. Juiz Francisco Donizete Gomes, j. em 26.11.2002, DJ de 04.12.2002, p. 443).

9. JUSTEN FILHO, Marçal. Legalidade da cobrança de pedágio em rodovias de pista simples e não-aplicabilidade do Dec.-lei 791/69 às concessões de exploração de rodovias às empresas privadas. In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (Coord.). Decisões e Pareceres Jurídicos sobre o Pedágio. Porto Alegre: ABCR, 2002. p. 199-200.

10. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Fundo Emergencial de Dragagem. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 37, ano 9, mar.-abr./2001, Revista dos Tribunais, p. 141-147 [p. 146].

11. Por onerar o usuário, "o recomendável (embora não obrigatório) seria sua adoção somente em hipóteses excepcionais, em que ficasse comprovado o manifesto desinteresse do capital privado pela concessão (uma licitação frustrada, por exemplo) e devidamente debatida a modelagem em audiência pública, explicitando-se a vantagem para os usuários (como, por exemplo, uma tarifa menor ao longo da concessão, pela redução dos custos com encargos financeiros)". SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 158.

12. GORDILLO, Agustín. Después de la Reforma del Estado. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. II-5. (tradução livre)

13. Idem. (tradução livre)

14. Art. 1º, § 2º, da Ley de Concesión de Obras Públicas 17.250: "Esclarece-se que poderão outorgar-se concessões de obra para a exploração, administração, reparação, ampliação, conservação ou manutenção de obras já existentes, com a finalidade de obtenção de fundos para a construção ou conservação de outras obras que tenham vinculação física, técnica ou de outra natureza com as primeiras, sem prejuízo das inversões prévias que deva realizar o concessionário. Para isso, se terá em conta a equação econômico-financeira de cada empreendimento, a que deverá ser estruturada no

objetivo de obter um barateamento efetivo da tarifa ou pedágio a cargo do usuário". (tradução livre)

15. GORDILLO, Agustín. Después de la Reforma del Estado. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. II-7. (tradução livre)

16. LÓPEZ, Samuel Carpinteiro. Las concesiones de carreteras em los países em vías de desarrollo. El caso de Argentina y de México. Revista de Obras Públicas, Extraordinario, octubre 2002, n. 3.245, p. 115, Madrid. Consoante o mesmo autor, "establecen-se diferentes niveles de servicio e o concesionario se obligava a ir alcanzando sucesivamente os diversos niveles ao longo dos distintos periodos dentro do prazo da concessão. Os concesionários se obligavam también a pagar um canon ao Estado pelo uso da infra-estrutura durante o prazo da concessão". Sobre a concorrência para a adjudicación da concessão, "os criterios de decisión incluían aspectos relacionados com a qualificación técnica e os plazos de investimentos a realizar, mas o principal criterio de decisión foi a cantidad que se pagava ao Estado como canon". (p. 116). (tradução livre)

17. Como observa, "a dispensa de quaisquer intermediários, como de bancos, de repassadores, de captadores etc., reduciendo o custo do dinheiro, possibilitaria inversiones proporcionalmente mayores, abreviando-se ainda o tempo em que vigorariam as tarifas acrecidas antes de retornarem ao regime normal". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutaciones do Derecho Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 264. Tal método de financiamento começou a ser adotado na Espanha. Consiste na colocação no mercado (através de uma entidade financeira), de alguns títulos que representam o fluxo de ingressos do concessionário, isto é, as tarifas pela exploração da infra-estrutura. Como relata José Luis Villar Ezcurra, "neste caso o concessionário recupera, anticipadamente, os custos de seu investimento, porém cede a terceiros – os portadores dos títulos – o direito de receber o importe das tarifas ao longo do prazo de concessão ou por um prazo determinado". Segundo o mesmo professor, a implantação generalizada dessa fórmula de financiamento pressupõe a garantia de crédito pela Administração, porque ao lado do decréscimo da demanda, a resolução da concessão é o maior risco que assumem os investidores (EZCURRA, José Luis Villar. Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos. In: ORTIZ. Gaspar Ariño et al. Nuevo Derecho de las Infraestructuras. Madrid: Montecorvo, 2001. p. 69-118 [p. 105]. (tradução livre)

18. Segundo o autor, a falta de previsão legal dessa modalidade de financiamento não impede a possibilidade de sua adoção, já que não foi expressamente vedada. "Mas ainda que se considerasse que a presumida omissão da Lei Federal pudesse inibir a Administração Federal de adotar a modalidade de autofinanciamento pelos usuários, não seria este, por certo, o caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que, não estão adstritos a normas específicas sobre



- concessões, mas tão-somente às normas gerais da Lei 8.987/95." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ob. cit., p. 264-266.
19. GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos jurídicos da cobrança antecipada de pedágio nas concessões públicas de rodovias. Boletim de Direito Administrativo, n. 5, ano XIX, maio/2003, p. 403-411 [p. 406-407]. Dispõe o art. 1º da Lei Estadual do Rio de Janeiro de n. 3.703, de 06.11.2001, que "fica proibida a cobrança de pedágio em todo o Estado do Rio de Janeiro, onde não estiverem concluídas as obras referentes ao pedágio".
20. GARCIA, Flávio Amaral. Ob. cit., p. 403-411 [p. 408].
21. BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 39. Grifo no original. A referência ao passado diz respeito à conceituação do instituto anteriormente delineada pelo autor, em sua obra Licitação: o edital à luz da nova Lei. Curitiba: Juruá, 1994.
22. E ainda assim se poderia questionar uma imposição legal de tal espécie em face, pelo menos, dos princípios constitucionais da propriedade e da liberdade, em seus desdobramentos autonomia da vontade e liberdade econômica.
23. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 393).
24. Lei 8.987/95, art. 2º: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado mediante a exploração do serviço da obra por prazo determinado."
25. JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 1997. p. 69.
26. Lei 8.987/95, art. 6º: "Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".
- Lei 8.987/95, art. 7º: "Sem prejuízo do disposto na Lei 8.079, de 11.09.1990, são direitos e obrigações dos usuários: I – receber serviço adequado".

27. BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 56.
28. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. tomo 2, La defensa del usuario y del administrado, p. VI-19-20. (tradução livre)
29. CAMPOS, Francisco. Pareceres. Rio de Janeiro: 1934, apud PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos Serviços de Utilidade Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 36.
30. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266. Essa precisa questão, aliás, não passou despercebida pela opinião pública. Observe-se, a propósito, o estratagema público sob a ótica do ex-senador pelo Estado do Paraná, José Eduardo Andrade Vieira: “Na hora de privatizar, o Governo só pensou em arrecadar mais. O que deveria ser uma licitação para prestação de serviços de construção e manutenção, virou uma licitação de venda de estradas. Os interessados, na expectativa de conquistar cartórios, correram aos bancos tomando empréstimos vultosos para aumentar os lances no leilão de privatização. Além disso, prometeram pagar em prestações intermináveis, parcelas adicionais ao Governo, que, somadas às amortizações dos juros e capital dos empréstimos bancários, consomem toda a arrecadação dos pedágios. Ou seja, o usuário paga uma conta que não deve. Não recebe nenhum benefício como retorno por esse pagamento. Ganham os bancos, ganha o Estado e ganham, sem entrar com nada, os concessionários. Aí está a questão ética. Ninguém se recusa a pagar o aumento de custo para a manutenção e construção de estradas, como proposto originalmente, mas ninguém pode aceitar que sejam embutidas no preço do pedágio parcelas de juros, amortizações de capital, parcelas que o concessionário deve – e só ele deve – ao Estado e aos bancos” (Folha de Londrina, 19 jan. 2000).
31. Além disso, permitiria que a cobrança do pedágio se limitasse ao necessário à conservação da via pública. No valor do pedágio não se encontrariam os gastos para restauração das rodovias (que se tornaram indispensáveis pela inércia da Administração), os valores destinados ao financiamento de grandes obras (afastada a cobrança antecipada), o custo financeiro de acesso capital pelo concessionário, e os tributos incidentes sobre a prestação de serviços realizada pela iniciativa privada (como o Imposto sobre o Serviço de Qualquer Natureza (CF/88, art. 156, III), do que se tornaram dependentes vários pequenos municípios).

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO  
- EMAGIS